

LA SECESIÓN DE TERRITORIOS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA¹

THE SECESSION OF TERRITORIES IN THE SPANISH CONSTITUTION

ALBERTO LÓPEZ BASAGUREN
Catedrático de Derecho constitucional.
Universidad del País Vasco (UPV/EHU).

SUMARIO: I. LA INDISOLUBLE UNIDAD DE ESPAÑA. ¿UN PARADIGMA INTANGIBLE? II. SECESIÓN, REFORMA CONSTITUCIONAL Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES: ENTRE LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA. III. POR EL DESBLOQUEO EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: LEGALIDAD CONSTITUCIONAL Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA: 1. ¿Derecho a decidir?; 2. Acerca de la realización de un referéndum sobre la secesión.

I. LA INDISOLUBLE UNIDAD DE ESPAÑA, ¿UN PARADIGMA INTANGIBLE?

Plantearse la cuestión de la secesión de territorios en la Constitución española puede parecer, ya de entrada, algo fuera de lugar, carente de sentido. No hay más que leer la estricta y reiterativa redacción del artículo 2 de la Constitución, en la que, como se sabe, se afirma la «indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles».

¹ Grupo de Investigación del Sistema Vasco IT743-13. Este trabajo ha sido realizado en el ámbito del Proyecto de Investigación DER 2010-20850, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

En España existe un fortísimo sentimiento político acerca del carácter intocable, intangible de la unidad de España. Las tensiones –y pretensiones– disgregadoras han sido, en algunos momentos históricos, una cuestión dramática en nuestra vida política, que ha provocado una auténtica aversión a cualquier planteamiento de tipo secesionista. El régimen de FRANCO llevó al paroxismo esa aversión, señalando a separatistas, junto a rojos, judíos y masones, como los peores enemigos de España. Todo ello ha contribuido a configurar cualquier pretensión secesionista como un tabú político en amplios sectores políticos y, en general, como una cuestión difícilmente abordable. Es esto lo que se traslada al artículo 2 de la Constitución y lo que explica los rotundos y reiterativos términos en que se afirma la unidad de España.

Ciertamente, la redacción del artículo 2 obliga a afirmar que la secesión de territorios está excluida en la Constitución, por lo que, para plantearse una hipótesis de ese tipo sería necesaria la previa reforma de la Constitución, incorporando la posibilidad de secesión de territorios en sustitución de la actual afirmación de la unidad indivisible de España. Algunas opiniones consideran, sin embargo, que la unidad es un elemento intangible del sistema constitucional que, en consecuencia, no podría ser objeto de reforma, porque ello supondría un cambio de régimen constitucional. Esta es una postura que se ha mantenido en el debate sobre esta cuestión en otros países, como Canadá, tal y como recogió –y afrontó– el Tribunal Supremo de aquel país en su *Reference –Dictamen– sobre la secesión de Québec (1998)*². La necesidad de rechazar la configuración de la unidad de España como una cláusula intangible frente a la reforma tiene en la Constitución española una base formal indiscutible, en la medida en que expresamente prevé la posibilidad de una reforma total de la Constitución; aunque una reforma total, como la del artículo 2, exija la superación del exigente y complejo procedimiento establecido en el artículo 168. La posibilidad formal de reforma no puede hacer olvidar, sin embargo, que, desde el punto de vista político, se trata de una cuestión difícilmente tratable, si no inabordable.

Sin embargo, la Constitución española no es ninguna excepción en el establecimiento de la unidad indisoluble del Estado, cuestión en la que no se aparta de lo que es regla general en las Constituciones democráticas, con independencia de que la forma de expresarlo sea más o menos llamativa o redundante. Ciertamente, en las Constituciones de nuestro entorno, se recoge el principio de unidad e indisolubilidad del Estado en unos términos similares; es el caso de las Constituciones de Francia³, Italia⁴ y Portugal⁵. Pero también en Constituciones que no explicitan en su texto la indivisibilidad del Estado, se ha considerado que ese principio es consustancial al sistema constitucional. Una interpretación que, de forma muy relevante,

² Cfr. *Reference re Secession of Québec* [1998] 2 SCR 217, de 20 de agosto.

³ Cfr. artículo 1 de la Constitución francesa: «La France est une République indivisible».

⁴ Cfr. artículo 5.1 de la Constitución italiana: «La Repubblica, una e indivisibile...».

⁵ Cfr. artículo 3.1 de la Constitución portuguesa: «A soberania, uma e indivisível...»; artículo 5.3: «O Estado não aliena qualquer parte do território português ou dos direitos de soberania que sobre ele exerce, sem prejuízo da rectificação de fronteiras».

impera en el seno de Estados federales que deben ser considerados paradigmáticos. Es el caso de los Estados Unidos de América (USA), que, sin duda, han representado el paradigma del modelo federal respecto a la secesión de territorios. Un paradigma que, en su manifestación extrema, viene representado por la Guerra civil norteamericana (1861-1865), que expresa la ausencia de un derecho de secesión de los Estados una vez incorporados a la Federación y el derecho de la Federación a oponerse a cualquier pretensión secesionista incluso por la fuerza, por las armas.

La negación radical del derecho de secesión de los Estados en USA tiene una especial significación por el hecho de que representan el sistema inaugural del federalismo moderno de integración de Estados a los que se reconoce soberanía originaria. Pero esa soberanía originaria de los Estados desaparece en el momento en que deciden, libremente, incorporarse a la Unión⁶. A partir del momento de la integración se crea un conjunto de obligaciones mutuas, de la Federación con los Estados y de éstos con el conjunto de la Federación, que van fortaleciéndose y profundizando a medida que transcurre el tiempo, que no pueden ser destejidos o rotos por la decisión unilateral de ninguno de los integrantes de la Federación. Por eso, las modificaciones de la Constitución (*Amendments*) solo exigen, para entrar en vigor, la ratificación por las Asambleas Legislativas de tres cuartas partes de los Estados⁷, y no la unanimidad. Y las reformas constitucionales así aprobadas se imponen a todos los Estados, incluidos a aquellos que no las hayan ratificado a través de su Asamblea Legislativa. En este sentido, se puede decir que existe un general consenso académico en el sentido de que la Constitución norteamericana, tal y como fue escrita e interpretada por los *founders* de la República creó una fuerte unión nacional con un potencialmente poderoso gobierno nacional y no una limitada confederación⁸.

⁶ El TS de los Estados Unidos, en el conocido asunto *Texas v. White* (1869), relativo a la validez de los bonos emitidos por el Gobierno (confederado) de Texas durante la guerra civil, afirmó que la Constitución «in all its provisions, looks to an indestructible Union composed of indestructible States. When, therefore, Texas became one of the United States, she entered into an indissoluble relation. All the obligations of perpetual union, and all the guaranties of republican government in the Union, attached at once to the State. The act which consummated *her admission into the Union was something more than a compact; it was the incorporation of a new member into the political body.* And it was final. The union between Texas and the other States was as complete, as perpetual, and as indissoluble as the union between the original States. *There was no place for reconsideration or revocation, except through revolution or through consent of the States*» (pp. 725-726) (énfasis añadido). Parece necesario llamar la atención sobre la referencia al consenso de los demás Estados como vía posible para la secesión, lo que, a pesar de todo, permite establecer un vínculo con el nuevo paradigma construido a partir del Dictamen del TS de Canadá sobre la secesión de Québec.

⁷ Cfr. *The Constitution of the United States*, Article V.

⁸ Cfr. Daniel J. ELAZAR: «Civil War and the Preservation of American Federalism», en *Publius. The Journal of Federalism*, vol. 1 (1971), 1, 51-53. Ciertamente, tras los años iniciales, a partir de 1835, la interpretación de los *founders* fue sustituida por la defensa de los *state-rights* (*ibid.*, 52), posición magníficamente expuesta por John C. CALHOUN, muy significativamente en su discurso sobre el derecho de veto de los Estados («Discurso sobre el poder de veto (28 de febrero de 1842)», ahora traducido en *Libertad y unión. La teoría de la Confederación*, Madrid, CEPC, 2010 (trad. de

Este es el paradigma clásico del federalismo respecto al derecho de secesión de los territorios que integran una Federación: su radical negación.

En cualquier caso, los tiempos han cambiado y la forma de afrontar esta cuestión en los sistemas democráticos desarrollados ha evolucionado significativamente, hasta el punto de que se puede decir que el paradigma tradicional representado por USA y su Guerra civil se ha transformado profundamente. A partir de la experiencia canadiense al afrontar las demandas de secesión de Québec, se ha configurado un nuevo paradigma en la forma de afrontar en los sistemas democráticos las pretensiones secesionistas por parte de territorios integrados en un Estado, especialmente en los sistemas federales o con autonomía territorial⁹. Un nuevo paradigma que se está viendo reafirmado también en la forma en que Reino Unido está afrontando las demandas secesionistas de Escocia, dado que está respondiendo, en lo fundamental, a unos parámetros muy similares a los adoptados en Canadá¹⁰.

Este nuevo paradigma se ha construido sobre los principios constitucionales que subyacen a los sistemas constitucionales democráticos de carácter federal o con autonomía territorial. El nuevo paradigma con el que afrontar las pretensiones secesionistas rechaza, al igual que el viejo paradigma, la capacidad de los territorios integrados en un Estado para decidir independizarse de forma unilateral: ni el Derecho interno les reconoce un derecho de secesión, ni el Derecho internacional les reconoce un derecho de autodeterminación. Pero, sin embargo, acepta que el

Ascensión ELVIRA PERALES y estudio introductorio de Carlos CLOSA MONTERO), 355 sigs. Sobre esta polémica es interesante la conferencia de LORD ACTON «American Federalism and the Civil War» (1866), recogida en *Historical Essays and Studies*, Macmillan & Co., 1907 (también accesible en internet: <http://mises.org/daily/4188>; última visita: 17 de mayo de 2013).

⁹ La expresión de los elementos que integran, básicamente, ese nuevo paradigma fueron expresados por el TS de Canadá en el *Reference* sobre la secesión de Québec, ya citado. He tratado sobre esta cuestión en Alberto LÓPEZ BASAGUREN: «Stéphane Dion y las verdades silenciadas de la experiencia canadiense», estudio introductorio a la edición española de la obra de Stéphane DION: *La política de la claridad. Discursos y escritos sobre la unidad canadiense*, Madrid, Alianza, 2005, págs. 11-23 y, más recientemente, en «Los referendos de secesión de Québec y la doctrina del Tribunal Supremo de Canadá», en *Viabilidad de la participación política directa: referéndum y consultas populares*, Comuniter, Zaragoza, 2013, (en prensa).

¹⁰ En el proceso para la celebración del referéndum sobre la independencia de Escocia es clave el *Edinburgh Agreement*, suscrito entre el *Prime Minister* de RU, David CAMERON, y el *First Minister* de Escocia, Alex SALMOND, el 15 de octubre de 2012. Sobre esta cuestión he tratado en «Escocia y el referéndum por la independencia: algunas enseñanzas», en *Cuadernos de Alzate*, n.º 46, 2013 (en prensa). Es significativa la forma en que RU está afrontando las reclamaciones secesionistas de Escocia, especialmente por contraste con la experiencia de la independencia de Irlanda, a la que se opuso con la fuerza de las armas, siguiendo el mismo paradigma de USA y su Guerra civil. Sobre la forma en que RU afrontó las reclamaciones irlandesas he reflexionado en Alberto LÓPEZ BASAGUREN: *Reforma del Estado autonómico e inclusión de los nacionalismos: un reto*, texto que recoge la intervención en el Seminario *Debates on the Spanish State of Autonomies - Current and Future Challenges*, organizado por la KONRAD ADENAUER STIFTUNG y la FUNDACIÓN MANUEL GIMÉNEZ ABAD, Altea, 20-22 de septiembre de 2012 (el texto está accesible en el sitio web de la FUNDACIÓN MANUEL GIMÉNEZ ABAD (http://www.fundacionmgimenezabad.es/images/Documentos/2012/20120920_ot_lopez_basaguren_a_es_o.pdf)).

principio democrático, en su interrelación con los demás principios constitucionales identificados, impone determinadas exigencias a las partes; tanto a los representantes del territorio que pretende la secesión como a las instituciones y representantes del Estado en su conjunto. Enseguida se entrará a analizar el contenido de estas obligaciones. Pero antes es necesario precisar la relevancia que ese nuevo paradigma que se viene configurando tiene en el análisis de cómo afrontar las demandas secesionistas desde la Constitución española.

Los estudios comparados tienen una gran tradición y sirven de referencia para analizar instituciones y regulaciones de otros sistemas constitucionales. Pero el interés, la relevancia que la vía abierta en el sistema constitucional canadiense –reafirmada en el sistema constitucional británico– tiene en el análisis de esta misma cuestión en el sistema constitucional español va mucho más allá de un mero interés comparatista. En el mundo actual la interrelación, la influencia recíproca entre sistemas democráticos trasciende la pura perspectiva comparatista. Cuando un sistema democrático, al afrontar un problema, logra articular una respuesta asentada sobre sólidos fundamentos de acuerdo a los principios constitucional-democráticos, está marcando el camino a los demás sistemas democráticos que se enfrentan ante una cuestión similar, les está interpelando a adoptar una solución que responda cuando menos con igual solidez a los principios que subyacen a las Constituciones democráticas. Es lo que el constitucionalista canadiense Sujit CHOUDHRY ha denominado *dialogical method* entre sistemas constitucionales al referirse a su idea de *migración* de las ideas constitucionales¹¹. Un sistema democrático, cuando se enfrenta a un problema al que debe dar una respuesta constitucional, está impelido a dialogar con la respuesta formulada en aquellos sistemas constitucionales que han sido capaces de dar una respuesta sólidamente asentada en los fundamentos del sistema democrático. Eso no quiere decir que deba *copiar*, sin más, aquella solución y que cada sistema constitucional no tenga singularidades que afecten a la solución que cada sistema adopta. Pero tendrá que responder, desde la singularidad y peculiaridades de su sistema constitucional, a las cuestiones que le interpelan desde los sistemas constitucionales que han dado respuesta a problemas similares y confrontarse con los fundamentos en que aquellas se asientan, justificando adecuadamente, en su caso, respuestas que vayan en direcciones diferentes.

En este sentido, al afrontar desde la Constitución española la cuestión de las reclamaciones secesionistas, el constitucionalista está obligado a confrontarse con las respuestas dadas en los sistemas que configuran ese nuevo paradigma constitucional, al objeto de analizar si el sistema español responde a parámetros similares o si, por el contrario, se trata de respuestas que no tienen encaje posible en él y cuáles son las razones, los argumentos constitucionales que justifican separarse de aquellas de forma sólidamente fundamentada en principios democráticos. En caso contrario, la legitimidad democrática de las respuestas que se ofrezcan se verá se-

¹¹ Vid. Sujit CHODHRY: «Migration as a new metaphor in comparative constitutional law», en Sujit CHOUDHRY (ed.): *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge UP, 2006, esp. pp. 19 ss.

riamente afectada; es decir, quedará seriamente dañada la legitimidad democrática del sistema constitucional español. Porque es la legitimidad democrática del sistema constitucional español la que está en juego en ese proceso. En este proceso, la construcción realizada por el TS de Canadá tiene, a mi juicio, una gran importancia, en la medida en que, como ha señalado Sujit CHOUDHRY, «proporciona un relato que advierte sobre los límites del diseño constitucional y su capacidad para afrontar la amenaza de secesión por parte de las naciones minoritarias al margen de la legalidad»¹².

II. SECESIÓN, REFORMA CONSTITUCIONAL Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES: ENTRE LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

La Constitución escrita no recoge el derecho de secesión de los territorios que integran el Estado en ninguno de los sistemas democráticos de nuestra cultura jurídica. La secesión, por tanto, exigirá la previa reforma constitucional. Esto no solo en Constituciones que expresamente afirman la indivisibilidad del Estado, como ocurre en la Constitución española; también en Constituciones que no explicitan el principio de indivisibilidad. Es extraordinariamente significativa, en este sentido, la posición manifestada por el TS de Canadá en el *Reference* sobre la secesión de Québec, dado que en la Constitución de Canadá no existe ninguna disposición similar a la del artículo 2 de la Constitución española o a las de las otras Constituciones a las que se ha hecho referencia. A pesar de ello, sin embargo, el TS afirma que la secesión de un territorio exige la expresa reforma constitucional que la acoja porque el pueblo de las provincias ha creado estrechos vínculos de interdependencia (económica, social, política y cultural), basados en valores compartidos, que se pondrían en peligro por la secesión de uno de sus territorios; porque se pondría en peligro el orden y la estabilidad que garantiza la Constitución. Una alteración de ese calado solo es posible canalizarla a través de la expresa reforma de la Constitución, tras una negociación leal en el seno del sistema constitucional vigente.

Afirmado este principio, la cuestión radica en si en él concluye todo lo que desde la Constitución se puede (y se debe) decir sobre la secesión de territorios o si, por decirlo de alguna forma, ese no es sino un punto de partida del tratamiento de esta cuestión. El TS de Canadá consideró que ahí no terminaba el tratamiento constitucional del asunto que se le planteó, sino que era necesario ir más allá. Esa necesidad de ir más allá de la constatación de que la Constitución no acoge —rechaza— la posibilidad de secesión, venía exigida por la necesidad de que el principio de legalidad constitucional quedase reforzado por el principio de legitimidad democrática.

¹² Cfr. Sujit CHOUDHRY: «Does the world need more Canada? The politics of the canadian model in constitutional politics and constitutional theory», en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, n° 4, 2007, 609.

tica. Con ello, el TS de Canadá contribuyó de forma decisiva a la construcción de un nuevo paradigma constitucional sobre esta cuestión.

Lo primero que hay que subrayar en este paradigma es la negación de que, a la luz del Derecho internacional, una comunidad interna asentada en un territorio en el seno de un Estado democrático que no sufra una situación colonial sea titular del derecho de autodeterminación¹³. A partir de ahí, se trata de una cuestión de Derecho constitucional interno.

En este terreno, el TS de Canadá comienza por la consideración de que la Constitución «es más que un texto escrito», de forma que abarca todo el sistema de normas y principios que gobiernan el ejercicio de la autoridad constitucional¹⁴. Ello no significa una invitación a eludir el texto escrito de la Constitución, cuya primacía se reafirma, como garantía de certeza legal y de su carácter predecible; pero obliga a eludir una lectura superficial de unas determinadas disposiciones del texto escrito de la Constitución que puede ser engañosa. El TS considera que una respuesta correcta a las cuestiones planteadas solo puede construirse sobre el análisis de los principios que informan y sostienen el texto constitucional escrito, sus supuestos tácitos¹⁵, su alma, su elemento vital (*lifeblood*)¹⁶, cuyo respeto permite a la Constitución seguir siendo un sistema vivo (*a living tree*)¹⁷. Interpretar cabalmente el significado de la Constitución en este ámbito exige, por tanto, un análisis profundo de los principios que subyacen, que animan el conjunto de la Constitución.

El TS de Canadá identificó, en este sentido, cuatro principios: democracia, federalismo, constitucionalismo y legalidad (*rule of law*) y protección de las minorías. El sistema constitucional británico no los ha explicitado de forma tan precisa, pero tanto el *Edinburgh Agreement* como el desarrollo del proceso en torno al referéndum sobre la independencia de Escocia, ponen de relieve una gran similitud con el planteamiento canadiense, una identidad sustancial en los principios desde los que se afronta la demanda secesionista.

Resulta realmente difícil discrepar de la afirmación que realiza el TS de Canadá acerca de la existencia de principios que subyacen al texto constitucional. Algunos pueden pensar que esa operación hermenéutica fue posible por tratarse de un sistema de *common law* y que es difícilmente trasladable a sistemas jurídicos de *code civil*. En un entorno jurídico como el canadiense, en el que conviven los dos sistemas, se ha puesto de relieve, precisamente, que el recurso a los principios generales

¹³ Vid. Patrick DUMBERTY: «Lessons learned from the *Quebec Secession Reference* before the Supreme Court of Canada», en Marcelo G. KOHEN (ed.): *Secession. International Law Perspectives*, Cambridge, Cambridge UP, 2006, p. 431, quien afirma que «(i)t is widely held in doctrine that Quebec cannot invoke the right of peoples to self-determination to sustain any *right* to secession under international law».

¹⁴ Cfr. *Reference re Secession of Québec, cit.*, apartado (2) de la exposición inicial y par. 148

¹⁵ *Íbid.*, par. 49.

¹⁶ *Íbid.*, par. 51.

¹⁷ *Íbid.*, par. 52.

es extraño al sistema de *common law* y natural en el sistema de *code civile*¹⁸, lo que se puso de manifiesto en el hecho de que las reacciones de extrañeza ante la operación hermenéutica del TS se concentraron, fundamentalmente, entre los juristas situados en el primer sistema y no entre los situados en el segundo. Cuestión diferente es la relativa a la facilidad –o dificultad– para adaptar la Constitución a las exigencias que puedan derivarse de su aplicación. Pero en esa cuestión la diferencia depende no de la tradición jurídica en el sentido indicado, sino del tipo de Constitución –rígida o flexible– que tenga un país, como se pone de manifiesto al comparar el proceso en Canadá, con Constitución rígida, y en Reino Unido, con Constitución flexible y no codificada y con una concepción *política* de Constitución. La diferente tradición jurídica entre Canadá, como sistema de *common law* –aún con la excepción de Québec–, no sería, por tanto, un impedimento para trasladar al sistema constitucional español un recurso a la interpretación de los principios que subyacen al texto de la Constitución para precisar la forma en que deben afrontarse, de acuerdo a la Constitución, las reclamaciones secesionistas.

Y resulta difícil discrepar sobre los principios identificados como principios subyacentes al sistema constitucional, sobre los que hay que interpretar el significado de las normas constitucionales para precisar la respuesta a las reclamaciones secesionistas. ¿No se asienta la Constitución española sobre los mismos principios que los identificados por el TS de Canadá? Es difícilmente aceptable una respuesta negativa, sobre todo cuando en el caso de nuestra Constitución algunos de esos principios están expresamente recogidos en el propio texto constitucional¹⁹. Sobre todo, hay que tener en cuenta que los dos principios básicos sobre los que se construye la interpretación de las exigencias constitucionales al afrontar las demandas secesionistas son el principio democrático y el principio de constitucionalidad y *rule of law* (principio de legalidad). Los otros dos principios se configuran, fundamentalmente, como condiciones o límites al juego de la interrelación o mutuo condicionamiento entre los dos principios señalados.

El principio democrático exige, a juicio del TS de Canadá, que la voluntad de la población de un territorio a favor de la secesión no pueda ser irrelevante para el conjunto del país siempre que cumpla determinadas condiciones que vienen exigidas, precisamente, por el principio democrático. Este principio exige que la manifestación de la voluntad secesionista sea expresada de forma clara e indiscutible, tanto desde el punto de vista de la mayoría que la manifiesta como por la forma de

¹⁸ Vid. Jean-François GAUDREAU-DESBIENS: «Underlying Principles and the Migration of Reasoning Templates: A Trans-Systemic Reading of the Quebec Secession Reference», en Sujit CHOUDHRY (ed.): *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge UP, 2006, 178 sigs.

¹⁹ Es de destacar la importancia, en este sentido, de algunas de las afirmaciones contenidas en el Preámbulo de la Constitución («Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes...»; «Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular»; «Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones»; «Establecer una sociedad democrática avanzada»), así como los arts. 1.1, 3 y 9.1 y 3.

expresarla, de forma directa, sin ambages, sin circunloquios, sin condicionantes o sin aparecer agazapada tras propuestas de negociación; es decir, que sea manifestada expresamente como voluntad de secesión, sin mezclarla con otras cuestiones relativas a la organización interna del Estado o al estatus del territorio en su seno. Cuando se manifiesta a través de un referéndum, esa voluntad debe expresarse con una mayoría clara («a “clear” majority as a qualitative evaluation») en respuesta a una pregunta clara²⁰.

La clara y expresa manifestación de voluntad secesionista, sin embargo, no es más que la expresión de una voluntad; carece de efectividad por sí misma, dado que no existe un derecho a la secesión ni un derecho de autodeterminación de los territorios internos. Las consecuencias que impone el principio democrático vienen limitadas por el principio de constitucionalidad y de legalidad (*rule of law*), por lo que no puede tener consecuencias que no estén previstas en la Constitución y en las leyes. Es por eso por lo que solo previa reforma constitucional puede acabar materializándose la voluntad de secesión de un territorio con su constitución como Estado independiente. El *rule of law*, el respeto a la legalidad, sin embargo, no puede hacer que la manifestación de voluntad por parte de la población sea irrelevante. En esas condiciones, el principio democrático impone a las partes una obligación de negociar con lealtad a los principios constitucionales, cuyas exigencias marcarán los derroteros de la negociación y sus resultados. La negociación tendrá como objetivo tratar de llegar a un acuerdo sobre una reforma constitucional que haga posible la secesión del territorio cuya población ha manifestado su voluntad en ese sentido en los términos indicados; es decir, hay que negociar la reforma de la Constitución. Pero esa negociación no puede consistir, puramente, en precisar, como dice el TS de Canadá, «los detalles logísticos de la secesión»²¹, como suelen pretender los partidarios de la secesión. Ello supondría aceptar una primacía absoluta al principio democrático, vaciando de contenido los demás principios constitucionales. Ni la voluntad favorable a la secesión de la población del territorio ni sus intereses son los únicos relevantes en la negociación; se trata de una negociación en todo el sentido de la palabra²². Pero tampoco la defensa de la legalidad puede hacerse desde

²⁰ Cfr. *Reference re Secession of Quebec, cit.*, par. 87, en el que el TS concluye: «The referendum result, if it is to be taken as an expression of the democratic will, must be **free of ambiguity both in terms of the question asked and in terms of the support it achieves**» (énfasis añadido).

²¹ *Ibid.*, par. 90.

²² El TS de Canadá afirma, en este sentido, que los representantes del territorio que pretende la secesión no pueden pretender disponer del derecho (derecho de autodeterminación) de dictar a las demás partes los términos de la secesión, porque ello no sería en absoluto una negociación. Y, además, añade, desde un punto de vista práctico, sería infantil suponer que el objetivo sustancial de la secesión pueda ser fácilmente diferenciable de los detalles prácticos de la secesión: «the devil would be in the details» (par. 91). Ninguna negociación será efectiva, concluye el Tribunal, si su resultado último –la secesión– se establece como «un derecho legal absoluto» a materializarlo en la Constitución; una conclusión ineludible de ese tenor «destruiría realmente la obligación de negociar, vaciándola de contenido» (par. 91): *Ibidem*.

una posición inamovible, insensible a los argumentos favorables a la secesión²³. Es decir, se trata de una negociación en la que el resultado no está determinado de antemano en ningún sentido.

La construcción hermenéutica realizada por el TS de Canadá se asienta sobre la convicción de que en un sistema democrático, por una parte, no es posible hacer nada que no sea conforme al principio de legalidad, que sea contrario a la legalidad; y, por otra, que la legalidad debe ser capaz de superar el test de legitimidad democrática siempre que ello sea necesario. Y que esa relación entre legalidad y legitimidad democrática solo puede canalizarse a través del diálogo democrático, en el que la legitimidad de cada posición estará permanentemente puesta a prueba por su adecuación a las exigencias de los principios que subyacen a la Constitución. Actitud que asume un «significado constitucional de primer orden»²⁴ y de la que dependerá la legitimidad de cada posición negociadora hasta el punto de que la falta de conformidad a ellos pondrá seriamente en riesgo la legitimidad de la afirmación de los derechos de esa parte y quizás el proceso de negociación en su conjunto²⁵; es decir, tanto de quienes pretenden imponer la aceptación de la secesión al margen del principio de legalidad, como de quienes pretenden imponer el principio de legalidad al margen de la legitimidad democrática²⁶.

Creo, ciertamente, que con esa construcción hermenéutica el TS de Canadá ha acertado a situar el debate en el corazón del sistema constitucional democrático. El proceso seguido en RU en el último año en relación a las pretensiones independentistas del nacionalismo escocés lo ha vuelto a poner de relieve, en mi opinión. El Gobierno británico ha encarado el debate planteado por el Gobierno escocés del SNP (*Scottish National Party*) al mostrar su intención de convocar un referéndum en Escocia sobre la independencia. En ese debate –que ha fraguado en el *Acuerdo de Edimburgo*²⁷–, ha impuesto el *rule of law* o principio de legalidad. Frente a la pretensión del Gobierno escocés de que tenía capacidad (competencia) para convocar por sí mismo el referéndum, el Gobierno británico fue capaz de imponer, con la fuerza de sus argumentos, que el Parlamento escocés carecía de competencia legal para convocar un referéndum semejante a la luz de la *Scotland Act 1998* –el «Estatuto de autonomía» de Escocia, por decirlo en términos españoles– única fuente de competencias de las instituciones escocesas. La *Section* –artículo– 29 impide al Parlamento escocés aprobar leyes en cuestiones relativas a las *reserved matters* que corresponden a RU, entre las que, de acuerdo con la *Schedule* –Anexo– 5, se inclu-

²³ *Íbid.*, par. 95.

²⁴ *Íbid.*, par. 94.

²⁵ *Íbid.*, par. 95.

²⁶ *Íbid.*, par. 95, el TS afirma: «Those who quite legitimately insist upon the importance of upholding the rule of law cannot at the same time be oblivious to the need to act in conformity with constitutional principles and values, and so do their part to contribute to the maintenance and promotion of an environment in which the rule of law may flourish».

²⁷ Cfr. *Edinburgh Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland*, de 15 de octubre de 2012.

yen las cuestiones constitucionales y, entre ellas, específicamente, las relativas a «la Unión de los Reinos de Escocia y de Inglaterra» –aprobada mediante las *Union Acts 1707* por parte de los respectivos Parlamentos–. Sin embargo, de acuerdo con la *Section 30* de la *Scotland Act 1998*, el Gobierno británico, con el consentimiento del Parlamento, puede dictar una *Order in Council* autorizando al Parlamento escocés a ejercer competencias incluidas entre las *reserved matters*. Sólo por esta vía podía el Parlamento escocés convocar legalmente el referéndum que pretendía el Gobierno del SNP. Lo que significaba que la determinación de las condiciones y características del referéndum también debían ser establecidas por el Gobierno británico. Estas eran las condiciones que permitirían cumplir la primera exigencia del hipotético referéndum: que tuviese una clara base legal.

En este contexto, sin embargo, el Gobierno británico consideró que el Gobierno escocés estaba investido de legitimidad democrática para reclamar la celebración del referéndum porque el SNP se había presentado a las elecciones al Parlamento escocés (2011) prometiendo en su *Manifiesto* que, si obtenía un respaldo electoral suficiente, convocaría un referéndum sobre la independencia a lo largo de la legislatura. Y el SNP obtuvo un gran respaldo electoral, obteniendo la mayoría absoluta del Parlamento escocés y formando, en consecuencia, un gobierno mayoritario. Es lo que llevó al Gobierno británico a aceptar la posibilidad de que se celebrase el referéndum sobre la independencia de Escocia.

Pero eso no ha significado, sin embargo, la aceptación por el Gobierno británico de todas las pretensiones del Gobierno escocés sobre las características y condiciones de la convocatoria del referéndum. Por el contrario, el Gobierno británico, impuso las exigencias que creía indispensables para que el referéndum, además de tener una clara base legal, se realizase de forma capaz de lograr la confianza de los Parlamentos, los Gobiernos y el pueblo, que ofreciese una prueba fiable (*fair test*) y una expresión concluyente (*decisive expression*) de la opinión del pueblo de Escocia y un resultado que mereciese el respeto de todos²⁸. Condiciones que, fundamentalmente, se han concretado en el rechazo de la pretensión del Gobierno escocés de convocar un referéndum con varias preguntas, una relativa a la independencia y otra –u otras– relativa(s) a la mejora de la autonomía de la que dispone Escocia (la conocida como *devo-max*), imponiendo una sola pregunta directa y claramente referida a la independencia de Escocia²⁹. El eco de la *claridad* a la que se refirió el TS de Canadá en el *Québec Secession Reference* es nítido. Sin embargo, es llama-

²⁸ Todos estos elementos se recogen en el *Edinburgh Agreement*, *cit.*

²⁹ En este sentido, el *Edinburgh Agreement* establece que la competencia para informar la pregunta corresponde a la *Electoral Commission* de RU, órgano que ya se ha pronunciado sobre la propuesta planteada por el Gobierno escocés, obligando a cambiarla. La pregunta que pretendía proponer el Gobierno escocés era la siguiente: «*Do you agree that Scotland should be an independent country?*». La *Electoral Commission* ha considerado que plantear una pregunta en los términos «*Do you agree...*» incita, a la luz de los estudios realizados, a una respuesta positiva, por lo que propuso que la pregunta fuese, simplemente, «*Should Scotland be an independent country?*». El Gobierno escocés aceptó inmediatamente la recomendación.

tivo que el objetivo de que el referéndum sea un *fair test* de la voluntad del electorado de Escocia, de forma que pueda ser aceptado como una *decisive expression* de esa voluntad, no recoja requisitos formales que vayan en la dirección de la «*clear majority as a qualitative evaluation*» a la que se refirió el TS de Canadá. En principio, el referéndum se decidirá por mayoría simple, sin ningún requisito especial³⁰, aunque la validez *política* de la mayoría se dilucidará, sin duda, en el proceso de negociación, en el que la fortaleza de la posición del Gobierno escocés, en el hipotético caso de una victoria favorable a la independencia, dependerá de la mayoría con que se haya obtenido.

Y, además, en el proceso que se viene desarrollando tras la firma del *Acuerdo de Edimburgo*, el significado del referéndum se concreta en unos términos similares a los precisados por el TS de Canadá. En el supuesto de que la mayoría del electorado de Escocia manifestase su voluntad de que Escocia sea un país independiente, el Gobierno británico garantiza unas negociaciones leales con el Gobierno escocés para ver si –y cómo– es posible la independencia de Escocia. Pero ello solo será posible si las partes llegan a un acuerdo en ese sentido. Y el Gobierno británico advierte que en ellas ya solo tendrá la obligación de salvaguardar los intereses del «RU restante» (*Remainder UK –RUK–*).

En este sentido, el Gobierno británico ha emitido ya –hasta el momento– tres Informes sobre los intereses de RU en unas hipotéticas negociaciones sobre la independencia de Escocia y la situación en que, a su juicio, quedaría una hipotética Escocia independiente³¹. Hay cuestiones que no han aparecido todavía –o que lo han hecho de forma relativamente tímida–, pero que, al igual que en Québec, pueden acabar siendo muy importantes en una negociación tras una hipotética mayoría favorable a la independencia en el referéndum, cual es la de la protección de las minorías internas o la de las zonas territoriales que, en su caso, no deseen permanecer dentro de una Escocia independiente. Hay que tener en cuenta que, por una parte, todo el sur de Escocia es, desde el punto de vista electoral, una zona que vota reiteradamen-

³⁰ Es muy significativa la opinión de Jean CHRÉTIEN, antiguo *premier* canadiense en el momento de celebrarse el referéndum de 1995 en Québec y del Gobierno que impulsó la aprobación de la *Clarity Act* (2000), que en su reciente visita a Londres ha advertido de la incertidumbre respecto al resultado que siempre va aparejada a la realización de un referéndum y, sobre todo, de que el Gobierno británico no tendría que haber permitido un referéndum por mayoría simple, debiendo haber exigido una «mayoría clara». A juicio del antiguo *premier* canadiense, el Gobierno de RU está permitiendo que el camino de Escocia hacia la independencia sea «demasiado fácil»: *vid.* el diario *Financial Times*, de 16 de mayo de 2013 (<http://www.ft.com/cms/s/0/6ca82556-be27-11e2-9b27-00144feab7de.html#axzz2TuYYpnXL>). De acuerdo con la información recogida por *FT*, «Mr. Chrétien has also privately told Michael Moore, the Scotland secretary, that he has ceded too much power to the Scottish National party by allowing it to decide both the timing and the question on the ballot».

³¹ *Vid.* A. LÓPEZ BASAGUREN: «Escocia y el referendum por la independencia...», *cit.*, en el que se hace referencia a los dos primeros informes: *Scotland Analysis: Devolution and the implications of Scottish Independence* (Cm. 8554), publicado en febrero de 2013, y *Scotland Analysis: Currency and monetary policy* (Cm. 8594), publicado en abril de 2013. El 20 de mayo el Gobierno británico ha hecho público el tercer Informe: *Scotland Analysis: Financial services and banking* (Cm. 8630), de mayo de 2013.

te a partidos contrarios a la independencia; o que en las islas exteriores (*Orkney, Shetland y Outer Hebrides* o *Western Isles*), han empezado a manifestarse opiniones de los líderes de las instituciones locales (*Councils*) reclamando su propia *Home Rule* –tanto frente a Londres como frente a Edimburgo– o un estatus similar al de las Islas del Canal en la hipótesis de una Escocia favorable a la independencia³².

La configuración del nuevo paradigma constitucional para afrontar las demandas secesionistas tiene unos elementos de base que pueden considerarse consolidados y estables; y, en ese sentido, difícilmente discutibles. Esos elementos se concretan en el juego, necesariamente dinámico, que se produce entre legalidad y legitimidad democrática. Un juego que exige afrontar, en términos de diálogo democrático, el *test* de legitimidad democrática de los límites constitucionales y legales. A partir de esos fundamentos, cada sistema constitucional concreta los detalles de acuerdo a su propia tradición y a sus particularidades constitucionales y políticas. Pero la experiencia vivida en otros sistemas políticos debe ser fuente continua de enseñanzas. En sus aciertos y en sus errores.

III. POR EL DESBLOQUEO EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: LEGALIDAD CONSTITUCIONAL Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

1. ¿Derecho a decidir?

En España se han planteado en los últimos tiempos dos retos soberanistas, el vasco, representado por el *plan Ibarretxe*, y el que está planteando en estos momentos la *Generalitat* de Cataluña. Aunque uno y otro tienen características distintas también tienen muchos elementos de coincidencia.

El elemento más importante que, a los efectos de este trabajo, tienen en común los procesos planteados en el País Vasco y en Cataluña es el que ha cristalizado en lo que se ha dado en llamar el «derecho a decidir». Al acuñar esta expresión, los partidos nacionalistas impulsores de la estrategia por el soberanismo tratan de transmitir la idea de que el electorado de una determinada Comunidad Autónoma tiene capacidad para decidir su futuro. Idea que se ha materializado en dos opciones distintas: capacidad para decidir el estatus político-institucional en el interior de España o, en la misma línea, en su caso, para decidir constituirse como Estado independiente, a través de la secesión.

Ciertamente, la expresión «derecho a decidir» tiene una gran fuerza expresiva, pues muestra de una forma extraordinariamente simple una idea que tiene todo a su

³² *Vid.*, en este sentido, la noticia aparecida en el diario *The Guardian*, del 17 de marzo de 2013 (<http://www.guardian.co.uk/politics/2013/mar/17/scottish-independence-islands-home-rule>). Hay que tener en cuenta que los pozos petrolíferos de Escocia se encuentran fundamentalmente en los territorios marinos de estas islas exteriores.

favor para ser acogida favorablemente por sus destinatarios preferentes, para calar en la ciudadanía. ¿Qué parece más natural que el derecho de un pueblo a decidir por sí mismo? Se trata, sin duda, de un gran éxito de *marketing* político. Habitualmente, la expresión simple de ideas o cuestiones complejas suele ser errónea. Es lo que ocurre con la expresión «derecho a decidir». Se presenta como un derecho pretendidamente incuestionable en un sistema democrático lo que solo es una reclamación política que ni es acogida por el Derecho internacional³³, ni reconocida en ningún sistema democrático del mundo³⁴. Con la expresión «derecho a decidir» se presenta como incontestable un derecho inexistente.

En la comunidad de países democráticos los promotores del soberanismo solo pueden encontrar fundamento en el paradigma abierto por Canadá para el tratamiento constitucional de las pretensiones secesionistas y que está siendo seguido por RU en el caso de Escocia. Adentrarse por los meandros del nuevo paradigma constitucional para afrontar las reclamaciones secesionistas exige una condición irrenunciable: aceptar sus presupuestos. Y el primero de ellos es la aceptación de que no existe un «derecho a decidir» como derecho a determinar unilateralmente el *status* jurídico de un territorio o de una comunidad dentro de un Estado o a la secesión para convertirse en un nuevo Estado independiente. Se puede pretender políticamente el reconocimiento del «derecho a decidir» en los términos que se presenta; pero no se puede pretender su aceptación incontestable y, consiguientemente, su derecho a ejercitarlo al margen, incluso, de la legalidad.

2. Acerca de la realización de un referéndum sobre la secesión

Radicalmente diferente es la cuestión relativa a posibilidad de expresar democráticamente la voluntad de una comunidad determinada sobre el *status* que desea

³³ Sobre esta cuestión *vid.* Antonio CASSESE: *Self-Determination of Peoples. A Legal Proposal*, Cambridge, Cambridge UP, 1995; son especialmente interesantes las reflexiones conclusivas en pp. 348 ss.; Marcelo G. KOHEN: «Introduction», en Marcelo G. KOHEN (ed.): *Secession... cit.*, pp. 1 ss.; Christian TOMUSCHAT: «Secession and self-determination», *ibid.*, pp. 23 ss. *Vid.* P. DUMBERRY, *op. cit.*, Cambridge, Cambridge UP, 2006, p. 450, quien, en relación a la negación por parte del TS de Canadá de que Québec pudiese ejercer el derecho de autodeterminación al amparo del Derecho internacional, afirma que «(t)he legacy of the Court's opinion from the perspective of international law is positive. It is an important decision defining the circumstances in which secession in a non-colonial context may be allowed under international law, and as such it is a very useful reference for future disputes involving questions relating to the legality of secession». Parece, sin embargo, que la construcción hermenéutica del TS de Canadá no ha tenido efectos sobre los promotores del soberanismo.

³⁴ El Parlamento de Cataluña aprobó una Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña (Resolución 5/X, de 23-1-2013) en la que afirma la decisión de «iniciar el proceso para hacer efectivo el ejercicio del derecho a decidir para que los ciudadanos y ciudadanas de Cataluña puedan decidir su futuro político colectivo», derecho que se fundamenta en el hecho de que Cataluña que «por razones de legitimidad democrática» el pueblo de Cataluña tiene «carácter de sujeto político y jurídico soberano».

dentro del Estado o, en su caso, su voluntad de convertirse en un Estado independiente. Manifestación de voluntad, en su caso, a través de un referéndum.

Para conocer la voluntad de la población de un territorio no es necesario recurrir sistemáticamente al referéndum. Las elecciones que se realizan de forma periódica son, sin duda, la expresión ordinaria de la voluntad política de una comunidad. Pero hay que reconocer que existen cuestiones de naturaleza singularmente *constitucional* que, especialmente en momentos críticos, hacen conveniente, cuando no necesario, conocer la voluntad de la ciudadanía³⁵; y el instrumento más claro y directo es el referéndum. Sin duda, la pretensión secesionista es una de las más profundamente *constitucionales*.

Sin embargo, cada sistema constitucional afronta la regulación del referéndum de forma singular, dado que tiene directa relación con el tipo de sistema democrático por el que opta y por el hecho de que el referéndum ha tenido un papel histórico muy controvertido, especialmente en algunos países, como un instrumento contrario al sistema democrático, que abre la vía al gobierno plebiscitario. Aunque estas reticencias tienen justificación histórica y han llevado, en muchos sistemas constitucionales, a constreñir significativamente la regulación –y la posibilidad– del referéndum, en mayor o menor medida, todos los sistemas constitucionales dejan en manos de la expresión directa del electorado –a través de referéndum– la ratificación de las cuestiones de naturaleza *constitucional*. Este es el caso de la Constitución española³⁶, que incluyó una regulación del referéndum muy limitada, tras un sinuoso recorrido en la elaboración del texto constitucional³⁷.

En este punto, hay que preguntarse si en el sistema constitucional español es posible la realización de un referéndum de este tipo en un territorio determinado –que, en principio, sería el territorio de una CA–, en el que el electorado pueda pronunciarse sobre su deseo de que el territorio se convierta en un Estado independiente³⁸.

³⁵ En la experiencia de los países democráticos, sin embargo, se pone de manifiesto la falta de lógica, desde este punto de vista, en las decisiones de qué cuestiones son sometidas a referéndum: *vid.* Matt QVORTRUP: *A comparative study of referendums. Government by the people*, Manchester, Manchester UP, 2005 (2ª. ed.), p. 131

³⁶ Es significativo, en este sentido, el trabajo de Julián SANTAMARÍA: «Participación política y democracia directa», en *Estudios de Ciencia Política y Sociología. Homenaje al Profesor Carlos Ollero*, Madrid, 1972, pp. 743-783. También, Nicolás PÉREZ SOLA: *La regulación constitucional del referéndum*, Jaén, Universidad de Jaén, 1994, p. 39.

³⁷ *Vid.* Enrique LINDE PANIAGUA y Miguel HERRERO LERA: «El referéndum en la Constitución española de 1978», en *Revista de Derecho Político*, n.º 3, 1979, pp. 17 ss.; Enrique LINDE PANIAGUA: «Artículo 92. Referéndum», en Oscar ALZAGA VILLAMIL (dir.): *Comentarios a la Constitución de 1978*, Tomo VII, Cortes Generales-Edersa, Madrid, pp. 460 ss.; Esther MARTÍN: «El referéndum y las consultas populares en las Comunidades Autónomas y municipios», en *RVAP*, n.º 94, 2012, pp.95 ss.

³⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* recientemente, Josep M^a. CASTELLÁ ANDREU: «Democracia, reforma constitucional y referéndum de autodeterminación en Cataluña», en Enrique ÁLVAREZ CONDE; Clara SOUTO GALVÁN (eds.): *El estado autonómico en la perspectiva de 2020*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2013, pp. 171 ss.

En este sentido, la Constitución española plantea importantes problemas. La regulación constitucional a la que hay que referirse necesariamente es el artículo 92 en el que se regula el referéndum consultivo al que pueden ser sometidas las «decisiones políticas de especial trascendencia». Al margen de otras cuestiones que no tienen especial relevancia a los efectos de este trabajo³⁹, el referéndum consultivo en la Constitución, a los efectos de su utilización para conocer la voluntad de una determinada comunidad sobre su *status* político o su deseo de convertirse en un Estado independiente, plantea dos problemas diferentes. El primero es el que deriva de la precisión final contenida en la disposición constitucional, al establecer que el referéndum consultivo será «de todos los ciudadanos». ¿Quiere decir la Constitución que solo puede haber *referenda* consultivos de ámbito estatal? Aunque la doctrina que ha estudiado la regulación constitucional del referéndum de forma específica no ha prestado atención a este aspecto, lo más que podría inferirse de ese inciso final, como señala P. CRUZ VILLALÓN, sería, precisamente, que el referéndum consultivo tiene que ser de ámbito estatal; pero considera que «es dudoso» que deba ser así⁴⁰. La Ley Orgánica que ha desarrollado las disposiciones constitucionales relativas a los *referenda* no aclara lo más mínimo esta cuestión⁴¹. Ante la ausencia de otros elementos que permitan aclarar el significado de ese inciso final, parece razonable, a falta de indicios que lleven en otra dirección y dada la propia literalidad de la disposición, pensar que se trata de una redacción redundante⁴², en el sentido de que todos los electores inscritos en el censo del territorio en el que se convoque el referéndum son llamados a manifestar su postura, es decir, a participar. Habría que plantearse si es posible que existan «decisiones políticas de especial trascendencia» que tengan que adoptar el Gobierno y las Cortes Generales en las que tenga especial importancia conocer la voluntad del electorado de un determinado territorio dentro del Estado y no de todo el electorado, en su conjunto.

En mi opinión, algunos problemas subyacen, aunque dada la falta de claridad del artículo 92 creo que debe imponerse una interpretación flexible de la norma constitucional, de forma que se acepte la posibilidad de convocar un referéndum de ámbito territorial limitado. En consecuencia, el Gobierno podría solicitar autorización al Congreso de los Diputados para realizar un referéndum consultivo en una parte determinada del territorio del Estado –por ejemplo, en el territorio de una

³⁹ *Vid.*, sobre la inserción del referéndum consultivo en un sistema que opta claramente por la democracia representativa, las consideraciones de Pedro CRUZ VILLALÓN: «El referéndum consultivo como modelo de racionalización constitucional», en *Revista de Estudios Políticos*, nº 13, 1980, pp. 145 ss.

⁴⁰ Cfr. P. CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, p. 160. Sin embargo, Luis AGUIAR DE LUQUE: «Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento constitucional español», en Gumerindo TRUJILLO Y OTROS (eds.) *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Madrid, CEPC, 2000, pp. 79 ss., no duda en clasificarlo como referéndum «de ámbito estatal»; en el mismo sentido, Esther MARTÍN, *op. cit.*, pp. 102 ss.

⁴¹ La regulación de las distintas modalidades de referéndum ha sido desarrollada por la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero.

⁴² En efecto, P. CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, p. 160, sostiene que o bien sobra o es inexacta.

CA—. Es en ese trámite en el que el Gobierno tendrá que justificar las razones de la relevancia de la opinión del electorado de ese territorio y no del electorado del Estado en su totalidad.

En cualquier caso, esta opción tiene implicaciones de importancia, pues la convocatoria del referéndum —y todos los elementos que lo integran— queda en manos del Gobierno y de las Cortes Generales, frente a lo que es tradicional en este tipo de *referenda*. Eso puede provocar conflictos políticos, aunque no tendrían por qué ser determinantes. Debieran ser resolubles por la vía de la negociación política entre Gobierno del Estado y de la CA sobre las características del referéndum; negociación política que parece ineludible cualquiera que sea la opción que se adopte si quiere conducirse el proceso de forma adecuada.

En cualquier caso, ya he sostenido en otro foro⁴³, que, a mi juicio, la vía más idónea sería la incorporación al correspondiente Estatuto de autonomía de un referéndum consultivo similar al previsto en el artículo 92 de la Constitución. No voy a reproducir la argumentación sobre la que asiento esa propuesta; pero creo, en lo que ahora interesa, que cumple de la forma más idónea los principios que subyacen al Estado autonómico, tal y como se ha desarrollado a lo largo de estos treinta y cinco años de evolución. Garantiza la autonomía institucional de la CA y su regulación en el EA «dentro de los términos de la... Constitución» (artículo 147.1) y respeta las cautelas —el recelo— del constituyente respecto al referéndum, que, cualquiera que sea la postura que cada uno tenga sobre ello, limita, sin duda, la disponibilidad del EA.

Esta segunda opción, por lo demás, garantiza la capacidad del Estado para exigir los requisitos que considere necesarios para garantizar la *claridad* en la realización del referéndum, según la fórmula canadiense; o, utilizando la fórmula británica, para garantizar que el referéndum sea una prueba fiable (*fair test*) y una expresión concluyente (*decisive expression*) de la opinión del electorado, de forma que garantice un resultado que merezca el respeto de todos. Lo garantiza en la medida en que, al exigir su convocatoria, de acuerdo con el artículo 149.1.32ª, la previa autorización del Estado, obliga a las partes a negociar las condiciones y características del referéndum.

Esta opción plantea un problema temporal en la medida en que, dada la regulación actual de los EA, exigiría la previa reforma del EA. Es cierto que el EA de Cataluña —al igual que, con diferencias de matiz, el EA de Andalucía y otros— trataron de abrir esa vía al regular las consultas populares⁴⁴. Pero creo que no es sostenible mantener que esas disposiciones incluyen tácitamente el referéndum, como parte

⁴³ Vid. Alberto LÓPEZ BASAGUREN: *Acerca de la caracterización del Estatuto de autonomía en una perspectiva federal*, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, 2011, pp. 21 ss.

⁴⁴ Vid. artículos 29 y 129 del EA de Cataluña, artículos 30 y 78 del EA de Andalucía y otros. Sobre ello, puede verse A. LÓPEZ BASAGUREN: *Acerca de la caracterización...*, *cit.*, pp. 22-23, en texto y nota; así como César AGUADO RENEDO: «El referéndum autonómico», en Javier MATIA PORTILLA (ed.): *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*, Madrid, CEPC, 2011, pp. 389 ss.

integrante de las «consultas populares», cuando sus proponentes excluyeron expresamente el término referéndum para no impedir su aceptación por la Comisión Constitucional del Congreso⁴⁵. Y eso es lo que parece desprenderse tanto de la STC 103/2008, de 11 de septiembre, sobre la ley vasca de la consulta⁴⁶ como de la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre la reforma del EA de Cataluña⁴⁷.

Considero que resulta indispensable impulsar la apertura de la vía constitucional para la realización de un referéndum en Cataluña sobre la secesión, en la medida en que, como ha ocurrido hasta ahora, una mayoría muy cualificada de las fuerzas políticas con representación parlamentaria en Cataluña así lo demande. Pero creo que es fundamental ser rigurosos con los procedimientos que permitan, en su caso, la realización del mencionado referéndum. El primer principio a respetar es el de legalidad: no puede pretenderse por parte de las fuerzas políticas catalanas, ni por sus instituciones, la realización de un referéndum sobre cuya legalidad no haya pleno consenso. Sin la aceptación de ese principio no se puede avanzar por las vías del nuevo paradigma constitucional. Pero el Gobierno del Estado tiene que mostrarse dispuesto a hablar sobre la posibilidad de convocar el referéndum, poniendo encima de la mesa las condiciones que considera indispensables para que esa convocatoria sea posible legalmente. El cumplimiento de los procedimientos legales requeridos —incluida, en su caso, la reforma estatutaria— puede, sin duda alguna, formar parte de esas condiciones; y también las cautelas frente a una proliferación incontrolada de los *referenda* por la soberanía, especialmente en un contexto constitucional como el español. Porque, si es verdad que parecía superada la época de «los entusiasmos indiscriminados por las manifestaciones supuestamente *directas* de la voluntad popular»⁴⁸, podemos encontrarnos en una nueva vuelta a las bondades del referéndum, especialmente en el tema que ocupa este trabajo. El referéndum «no es una panacea»⁴⁹ y no puede ser un recurso sin cautelas, sin grave riesgo del sistema constitucional.

El diálogo democrático entre las instituciones del Estado y las de la CA que pretende la realización de un referéndum sobre la secesión —y entre los partidos que sostienen a unas y otras— es esencial para la legitimidad del sistema democrático y en ese proceso se debe dilucidar la relación entre legalidad y legitimidad democrática. Impuesto el inexcusable respeto del principio de legalidad, es necesario, sin

⁴⁵ Las disposiciones citadas se refieren a «encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32ª de la Constitución» (artículo 122 EA de Cataluña) (énfasis añadido). El *Consell de Garanties Estatutaries* de Cataluña ha sostenido la opinión contraria en el Dictamen 3/2010, de 1 de marzo, sobre la Ley catalana 4/2010 de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum.

⁴⁶ *Vid.*, sobre esta Sentencia, Alberto LÓPEZ BASAGUREN: «Sobre referéndum y Comunidades Autónomas. La Ley vasca de la “consulta” ante el Tribunal Constitucional (Consideraciones con ocasión de la STC 103/2008)», en *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, nº 9, 2009, pp. 202 ss.

⁴⁷ *Vid.* A. LÓPEZ BASAGUREN: *Acerca de la caracterización...*, *cit.*, p. 23, en texto y nota.

⁴⁸ Cfr. P. CRUZ VILLALÓN, *op. cit.*, p. 167.

⁴⁹ Cfr. M. QVORTRUP, *op. cit.*, p. 13.

embargo, afrontar la prueba de la legitimidad democrática de la regulación legal. Un proceso en el que se ponen a prueba la fortaleza del fundamento democrático de unas y otras posturas, más allá de su adopción por la mayoría. Pero la legitimidad democrática, como puso de relieve el TS de Canadá, no se asienta, exclusivamente, sobre una comprensión omnímoda del principio democrático. Es la interrelación –y la limitación recíproca– de los principios que subyacen a la Constitución –que el TS de Canadá identificó de forma difícilmente contestable en democracia, federalismo, constitucionalidad y legalidad y protección de las minorías– la que sitúa los márgenes de la legitimidad democrática de las diferentes posturas.

La necesidad de plantearse seriamente el desbloqueo de la legalidad de un referéndum por la independencia en Cataluña, en caso de que una mayoría cualificada de sus fuerzas políticas representativas así lo quieran, no puede hacer olvidar el significado de la legalidad del referéndum como proceso de determinación de las condiciones de realización. Pero, sobre todo, no puede hacer olvidar el significado de un hipotético resultado favorable a las pretensiones independentistas en un referéndum de esa naturaleza. A pesar de los precedentes de Canadá y de RU, los promotores de la independencia siguen planteándolo como una especie de «principio del fin» de un proceso cuyo resultado sería poco menos que inevitable. Por el contrario, como muestran los casos a los que se ha hecho referencia, podría ser calificado como un «fin del principio», un momento que cambia las cosas radicalmente desde el punto de vista cualitativo, pero al que le queda por delante un largo camino, en el que la negociación de la hipotética independencia es complejo y condiciona los derroteros futuros de ese hipotético nuevo Estado⁵⁰.

⁵⁰ La negociación interna y los términos en que se realice pondrá en juego la legitimidad respectiva de las dos partes y, muy posiblemente, condicionará la factibilidad futura del hipotético nuevo Estado independiente. En el ámbito internacional lo determinante no es el nacimiento de un nuevo Estado –en gran medida, una cuestión de hecho–, sino su reconocimiento por los demás Estados, de forma que su nueva existencia sea viable. A estos efectos, el proceso que se haya seguido en su nacimiento puede condicionar el proceso de reconocimiento. *Vid.*, sobre esta cuestión, Antonello TANCREDI: «A normative “due process” in the creation of States through secession», en Marcelo G. KOHEN (ed.): *Secession... cit.*, pp. 171 ss.

RESUMEN: Este trabajo analiza la secesión de territorios en la Constitución española. En primer lugar, hay que constatar que el texto constitucional afirma la «indisoluble unidad» de España, lo que excluye la posibilidad de secesión de territorios sin previa reforma de la Constitución. La exigencia de reforma, sin embargo, no viene motivada por la singular refacción del artículo 2 de la Constitución, sino que es consustancial a los sistemas democráticos, aunque no incluyan, de forma expresa, la indisolubilidad del Estado. Pero, el análisis constitucional de la secesión, ¿debe concluir con esta constatación? En los últimos decenios se ha ido construyendo un nuevo paradigma constitucional sobre la forma en que las Constituciones democráticas deben abordar las reclamaciones secesionistas, atendiendo a los principios que subyacen a la Constitución. Esta vía es la que han desbrozado países como Canadá, al afrontar la reclamación de independencia de Québec, o Reino Unido, al afrontar la reclamación de independencia de Escocia. Este trabajo trata de analizar la forma en que estos principios son aplicables en la Constitución española.

PALABRAS CLAVE: Secesión; independencia; «derecho a decidir»; referéndum; Québec; Escocia.

ABSTRACT: This paper analyzes the secession of territories under the Spanish Constitution. First, we must note that the Constitution provides the «indissoluble unity» of Spain; that means that the secession of territories without prior amendment of the Constitution has to be excluded. But the need for constitutional Amendment, however, in general rule which applies to all democratic Constitutions, even them which doesn't include expressly the State's indissolubility. But does that means that constitutional analysis of secession should conclude with this statement? In the last decades it has been building a new constitutional paradigm about how democratic constitutional systems must address secessionist claims, according to the principles underlying the Constitution. Countries like Canada, regarding claims for sovereignty of Québec, and United Kingdom, regarding claims for Independence of Scotland, have gone down this path. This paper attempts to analyze how these principles apply in the Spanish constitutional system.

KEY WORDS: Secession; Independence; «right to decide»; referéndum; Québec; Scotland.

Recibido: 26 de mayo de 2013

Evaluado: 3 de junio de 2013

Aceptado: 6 de junio de 2013